

КОРПОРАТИВНЫЕ СТРАТЕГИИ

Подготовлено редакцией газеты «ЭЖ-Юрист»

www.eg-online.ru

тел. (499) 152-68-65

№ 05 | 2018

Использование корпоративного договора в совместных предприятиях: как партнерам распределить риски

Совместное предприятие (СП) представляет собой объединение капиталов, опыта и ресурсов партнеров, целью которого является реализация проекта. В России СП могут принимать как корпоративную форму, в частности, ООО или АО, так и договорную, то есть без создания юридического лица — СП на основании договора инвестиционного товарищества (ст. 3 Федерального закона от 28.11.2011 № 335-ФЗ «Об инвестиционном товариществе»). О наиболее актуальных практических вопросах, возникающих в ходе деятельности совместного предприятия, а также выводах и рекомендациях, которые могут быть полезными применительно к сделкам M&A, в результате/процессе реализации которых вступают в отношения несколько акционеров, читайте в материале. В статье будет рассмотрен корпоративный договор в рамках СП в форме непубличного АО, поскольку данная организационно-правовая форма является для акционеров наиболее «удобной» в силу проработанности правовых норм, регулирующих деятельность АО.



Руслан НАГАЙБЕКОВ,
партнер, руководитель
практики корпоративного
и коммерческого права
АБ «Линия права»



Лейла КАНАМЕТОВА,
младший юрист
АБ «Линия права»

Единственным учредительным документом АО является устав. Закономерно возникает вопрос: какова же роль корпоративного договора, если отношения акционеров регулируются положениями устава общества?

Надо отметить, что по вопросу соотношения устава общества и корпоративного договора до сих пор нет единого мнения. Сторонники одного подхода полагают, что корпоративный договор имеет природу корпоративного акта (В.В. Витрянский, Е.А. Суханов, В.К. Андреев). Сторонники другого подхода считают, что корпоративный договор является обязательственной сделкой (Д.В. Ломакин, Д.И. Степанов). Суды в большинстве случаев признают (см., например, постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2015 № 07АП-9663/2015 по делу № А45-12229/2015), что корпоративный договор является обязательственной сделкой. Данный подход можно назвать более практичным, поскольку в этом случае акционеры обладают полной свободой определения условий договора и не ограничены перечнем условий, прямо указанных в гражданском законодательстве (ст. 67.2 ГК РФ). Между тем в определенных случаях корпоративный договор приобретает силу корпоративного акта, нарушение которого может стать основанием для признания недействительным решения общества (п. 6 ст. 67.2 ГК РФ). Исходя из этого, можно заключить, что корпоративный договор обладает двойственной природой и в определенных случаях может признаваться корпоративным актом, в иных — обязательственной сделкой.

После проведенного анализа содержания большинства корпо-

ративных договоров мы пришли к выводу, что подавляющее большинство условий таких договоров носит обязательственный характер, из чего возникает несколько последствий. Так, в частности, корпоративный договор не может менять корпоративную структуру общества, порядок принятия корпоративных решений, так как эти положения регламентируются в императивном порядке с расчетом на третьих лиц и не могут быть изменены на уровне корпоративного договора.

Далее, исходя из принципа свободы договора, условия корпоративного договора могут быть любыми, если это не противоречит императивным положениям законодательства, природе отношений или публичным интересам.

Вопрос соотношения положений корпоративного договора и положений устава в случае их противоречия будет решаться, по нашему мнению, в зависимости от конкретных обстоятельств. В случае если положения корпоративного договора противоречат положениям устава, которые повторяют императивные нормы законодательства, положения устава будут иметь преобладающую силу. Если положения корпоративного договора противоречат положениям устава, в отношении которых предусмотрено диспозитивное регулирование, применению также подлежат положения устава.

зарубежный опыт

В английском праве под корпоративным договором понимается соглашение, заключенное между акционерами, которое связано с отношениями участников СП в качестве акционе-

ров и охватывает такие вопросы, как назначение директоров, вопросы исключительной компетенции акционеров, вопросы, связанные с уставным капиталом общества, и т.п.¹ Основные мотивы заключения корпоративного договора — сформировать ожидания акционеров путем предотвращения какого-либо недопонимания сторон в отношении вопросов корпоративного управления, права передачи акций, обязанностей акционеров, а также иных. Соответственно, корпоративный договор представляет собой «дополнительный» документ, который действует наряду с уставом и более детально регламентирует взаимоотношения сторон по определенным вопросам.

На текущий момент российское законодательство под корпоративным договором понимает соглашение участников (акционеров) общества об осуществлении ими своих корпоративных прав, в том числе обязанности голосовать определенным образом, согласовывать вариант голосования между собой и согласованно осуществлять иные действия по управлению обществом, приобретать или отчуждать доли (акции) по определенной цене или определенных обстоятельствах либо воздерживаться от такого отчуждения до наступления определенных обстоятельств (п. 3 ст. 67.2 ГК РФ, п. 3 ст. 8 Федерального закона от 08.02.98 № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», ст. 32.1 Федерального закона от 26.12.95 № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»).

продолжение материала

> 02/06

» 04–05

уставный капитал

Уменьшение уставного капитала общества: в каких случаях происходит и каков порядок?

Хозяйственные общества вправе, а в некоторых случаях обязаны уменьшить свой уставный капитал. О том, когда общество может столкнуться с необходимостью уменьшить уставный капитал, а также об этапах связанной с этим процедуры, читайте в материале

» 06–08

репортаж

Поглотители и миноритарии: поправки в законодательство должны облегчить жизнь первым и улучшить положение вторых

Институт приобретения крупных пакетов акций в российской юрисдикции отличается крайней несбалансированностью, а обязательные требования законодательства недобросовестными участниками рынка легко обходятся

КОРПОРАТИВНЫЕ СТРАТЕГИИ

Приложение к «ЭЖ-Юрист»

**Прием
и размещение
рекламы
в газете**

(499) 152-6865

adv@eg-online.ru

1 <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/5-107-7251>

Использование корпоративного договора в совместных предприятиях: как партнерам распределить риски

начало
материала
>01/05

Вопросы корпоративного управления являются существенным элементом СП, поэтому в силу большой гибкости правового регулирования деятельности непубличных АО корпоративный договор стал эффективным инструментом регламентирования отношений акционеров в рамках СП и в части сделок M&A, где его применение необходимо. Упомянутая гибкость проявляется в том, что участники непубличного общества пользуются свободой (ст. 66.3 ГК РФ) в части изменения положений устава общества, регулирующих определенные вопросы, по сравнению с тем, как они определены законом.

В частности, акционеры могут самостоятельно определить порядок созыва, подготовки и проведения общих собраний акционеров, порядок принятия решений или установить требования к составу, порядку формирования и проведения заседаний коллегиальных органов (под. 5 и 6 п. 3 ст. 66.3 ГК РФ). Положения корпоративного договора, действующие в продолжение положений устава общества, позволяют акционерам установить более гибкое и эффективное регулирование.

В рамках СП корпоративный договор регулирует вопросы, связанные с корпоративным управлением, в то время как реализация проекта выходит за пределы только корпоративного управления. План проекта может включать многоэтапное структурирование, в том числе с участием нескольких обществ, или заключение определенных контрактов, которые являются существенными для реализации всего проекта в целом.

Поскольку данные вопросы выходят за рамки положений корпоративного договора, для их регулирования акционеры заключают joint venture agreement (устоявшийся перевод отсутствует, но примерно его можно перевести как «договор о СП»). Стоит отметить, что английское право не признает такое разделение на два отдельных документа, поэтому в рамках СП заключается единый договор². Соответственно, возникает закономерный вопрос о причинах расхождения подходов.

Существует позиция, что корпоративный договор заключается участниками уже созданного юридического лица, то есть может быть заключен только после учреждения СП. Существует и противоположная позиция: соглашение участников — это первый документ, в котором предприниматели оговаривают основные условия работы, порядок учреждения, дальнейшее распределение обязанностей.

Ввиду того что законодательство не содержит прямого указания на то, что корпоративный договор может быть заключен только в отношении существующего общества, и на практике акционеры согласовывают корпоративные договоры задолго до создания СП, мы придерживаемся мнения, что заключение корпоративного договора в отношении общества, которое будет учреждено в будущем, возможно (например, с использованием отлагательного условия о вступлении в силу с момента учреждения СП).

Безусловно, данный вопрос представляет собой пробел в правовом регулировании, который должен быть устранен. В случае закрепления в законодательстве прямого разрешения на заключение корпоративного договора в отношении «будущего» общества акционеры будут избавлены от необходимости заключения двух отдельных договоров, поскольку все положения, необходимые для полной реализации проекта, можно будет включить в корпоративный договор.

СУЩЕСТВЕННЫЕ ПОЛОЖЕНИЯ КОРПОРАТИВНОГО ДОГОВОРА

С нашей точки зрения, среди существенных положений корпоративного договора стоит отметить несколько.

■ Во-первых, это положения, определяющие вклады акционеров в СП и их ожидания.

Помимо непосредственно денежных вложений и имущества как основы осуществления деятельности СП акционеры могут для успешного функционирования СП привнести нематериальные активы, например опыт реализации подобных проектов, опыт управления группой компаний, репутацию, положительный опыт взаимодействия с государственными органами и банками.

Ожидания акционеров в отношении СП зависят от их намерений. Помимо извлечения прибыли в результате реализации проекта такие ожидания могут заключаться в получении определенного опыта в ходе проекта, приобретении репутации или связей.

Также акционеры, например, путем определения производителей, у которых они обязуются обеспечить приобретение продукции, могут обеспечить загрузку мощностей предприятий, аффилированных с одним из акционеров, или указать в корпоративном договоре перечень ключевых активов, которые необходимо сохранить в процессе деятельности СП.

■ Во-вторых, к существенным относятся положения о распределении ролей акционеров в создаваемом СП.

В корпоративном договоре может содержаться положение о том, что акционеры планируют совместно владеть и управлять СП. Это буквально подразумевает владение и управление обществом в равных долях. Однако на практике такая модель является неэффективной, поэтому в корпоративном договоре закрепляются конкретные полномочия каждого акционера и порядок их реализации в рамках СП. Как правило, если акционеров двое, полномочия по оперативному управлению СП передаются одному акционеру, а второй обладает полномочиями по контролю.

Структура корпоративного управления в рамках СП выстраивается с учетом баланса полномочий акционеров. Одним из проявлений такой системы «противовесов» является возможность передать часть вопросов из компетенции общего собрания акционеров в компетенцию совета директоров, однако на практике акционеры редко используют данную возможность.

Отдельно стоит упомянуть про возможность образования нескольких единоличных исполнительных органов, каждый из которых номинируется определенным акционером. Мы рекомендуем при использовании данного механизма назначить генерального директора, который принимает решения по всем вопросам деятельности СП в рамках своей компетенции, и финансового директора, обладающего правом второй подписи по сделкам, связанным с финансированием общества.

С учетом того что единоличный исполнительный орган несет ответственность перед широким кругом лиц, в том числе уголовную, мы настоятельно рекомендуем на стадии согласования корпоративного договора тщательно проработать вопросы ответственности и считаем целесообразным включить условие об освобождении ЕИО от ответственности за неразумные действия.

В целом стоит отметить, что указанные механизмы, несмотря на предоставляемые ими возможности по выстраиванию гибкой системы управления, не получили широкого распространения на практике, что, вероятно, можно объяснить их чуждостью российской практике ведения бизнеса в силу его некоторой склонности к «единоличности».

■ В-третьих, существенными являются положения о вопросах, требующих единогласного согласия акционеров.

Некоторые решения могут иметь особую важность для деятельности СП, поэтому в корпоративном договоре закрепляется необходимость единогласного согласия для принятия решений по определенным вопросам. Перечень таких вопросов во многом определяется конкретным проектом и структурой управления. Как правило, в такой перечень включаются вопросы, связанные с финансированием общества, большинство вопросов в рамках компетенции совета директоров и общего собрания акционеров как они определены законом, вопросы управления дочерними обществами, одобрением экстраординарных сделок (например, сделки, выходящие за пределы утвержденного бизнес-плана, или сделки с потенциальным конфликтом интересов (сделки между СП и обществом, аффилированным с одним из акционеров)).

Говоря о содержании корпоративного договора и вопросах, которые он может урегулировать, необходимо обратить внимание на нарабатываемую судебную практику, указывающую, какие вопросы не могут быть регламентированы корпоративным договором. Например, исходя из анализа судебной практики, можно сделать вывод, что вопросы выплаты действительной стоимости доли не могут быть урегулированы таким договором.

цитируем документ

Существо регулируемых корпоративным договором вопросов не позволяет обусловить в нем условия и порядок выплаты действительной стоимости доли выбывающему участнику. Нормы ст. 67.2 ГК РФ и п. 3 ст. 8 Закона об ООО в их системном единстве допускают включать в содержание соглашения лишь такие условия реализации корпоративных прав, которые затрагивают действия, связанные с управлением обществом, с созданием, деятельностью, реорганизацией и ликвидацией общества, то есть носят преимущественно организационно-управленческий характер. Отношения по поводу выплаты действительной стоимости доли корпоративным договором не регламентируются. Поэтому возможность участия в нем третьих лиц, допускаемая п. 9 ст. 67.2 ГК РФ, ограничена их законным интересом в реализации участниками

общества их корпоративных прав в организационном контексте.

Решение АС Тюменской области от 25.01.2018 по делу № А70-16215/2017

Также следует обратить внимание, что при заключении корпоративного договора не в отношении российской компании, а в отношении владеющей ею иностранной компании оспаривание решений общества со ссылкой на ст. 67.2 ГК РФ невозможно. Нарушение экономических интересов конечных бенефициаров юридического лица (при отсутствии корпоративного договора между ними и участниками) законодательством не отнесено к основаниям для признания недействительным решения общего собрания участников российского юридического лица (решение АС Краснодарского края от 28.11.2017 по делу № А32-31503/17).

РАЗРЕШЕНИЕ ТУПИКОВЫХ СИТУАЦИЙ

В процессе деятельности совместного предприятия возможно возникновение тупиковых ситуаций (deadlock, дедлок), под которыми подразумевается неспособность партнеров принять решение по какому-либо вопросу деятельности СП. В частности, под дедлоком понимается ситуация, когда органы управления не могут принять решение по вопросу, от которого зависит дальнейшая деятельность общества, в следующих случаях:

- отсутствие необходимого кворума при принятии решения на заседаниях соответствующего органа;
- непринятие решение по какому-либо вопросу несколько раз подряд общим собранием акционеров, советом директоров (при наличии), коллегиальным исполнительным органом, генеральными директорами (в случае использования механизма «двух ключей» в СП).

В целях снижения вероятности возникновения тупиковых ситуаций в деятельности СП рекомендуем в корпоративном договоре дать определение понятию «тупиковая ситуация», в частности, предусмотреть, в каких случаях и при непринятии решения по каким вопросам такая ситуация возникает, а также зафиксировать момент возникновения дедлока. Последнее связано с необходимостью соблюдения сроков в целях проведения мероприятий, направленных на разрешение тупиковых ситуаций (например, сроки проведения переговоров), а также с реализацией способов разрешения тупиковых ситуаций. В частности, корпоративный договор может содержать условие, что момент возникновения дедлока связан с моментом уведомления акционеров о наступлении дедлока.

Действующее законодательство содержит инструменты, направленные на разрешение тупиковых ситуаций. К их числу относятся ликвидацию юридического лица по иску его учредителя

(участника) в случае невозможности достижения целей, ради которых такое юридическое лицо было создано, в том числе в случае, если осуществление деятельности юридического лица становится невозможным или существенно затрудняется. Также предусмотрена возможность исключить акционера (участника) из непубличного акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью в судебном порядке с выплатой действительной стоимости доли участия, если такой акционер своими действиями причинил вред обществу. Однако, исходя из анализа судебной практики, можно сделать вывод о том, что вышеприведенные механизмы в целях разрешения тупиковых ситуаций на практике используются нечасто.

На этапе подготовки корпоративного договора возможно включение положений, которые смогут снизить вероятность возникновения тупиковых ситуаций.

Во-первых, возможно включение положений, предусматривающих введение в состав совета директоров независимого директора. Преимуществом данной конструкции является введение независимого лица, которое не будет связано имущественными интересами сторон СП и, следовательно, потенциально будет препятствовать возникновению тупиковой ситуации на уровне принятия решения советом директоров. В ситуации, когда стороны входят в конфликт по поводу конкретных решений, независимый директор, знающий специфику деятельности данного СП, обладающий специальными профессиональными компетенциями в рамках данного проекта СП, может давать свое профессиональное заключение. Также в случаях, когда принятие решения требует простого большинства голосов, голос независимого директора может считаться решающим.

Стороны корпоративного договора могут заранее согласовать перечень лиц, которые могут быть привлечены в качестве независимых директоров.

Во-вторых, возможно закрепление ограниченного числа вопросов компетенции органов управления СП, требующих единогласного решения участников СП. Данный механизм разделения сфер компетенции также имеет потенциал для снижения возникновения тупиковых ситуаций, однако нельзя оставлять без внимания возможный риск принятия решений по усмотрению контрагента. На практике этот механизм наиболее часто встречается среди СП, имеющих мажоритарное участие.

Говоря о возможных тупиковых ситуациях, которые могут возникнуть для участников СП на этапе согласования корпоративного договора, необходимо обратить внимание на вопросы, связанные с формированием уставного капитала СП, а именно на случаи внесения в уставный капитал СП активов, на которые

распространяются права миноритарных акционеров. В данной ситуации полагаем возможным предусмотреть заключение соглашений на уровне общества, доли/акции которого будут внесены в уставный капитал СП, в целях снижения рисков по блокированию сделок миноритарными акционерами общества, доли которого вносятся в СП. Также следует особое внимание обращать на состав активов, вносимых в счет оплаты уставного капитала, так как в случае с долями/акциями обществ миноритарии могут потребовать согласования сделок.

Использование данных конструкций, по нашему мнению, зависит от ряда факторов, которые должны приниматься сторонами корпоративного договора во внимание исходя из конкретной ситуации. В частности, использование вышеприведенных опций должно учитывать соотношение прав участников — мажоритарное/миноритарное либо равное участие партнеров. Также необходимо определить целесообразность включения положений на этапе подготовки корпоративного договора исходя из жизненного цикла СП: находится ли СП на начальном этапе своего развития либо уже в «зрелой» стадии.

Таким образом, в целях снижения вероятности возникновения тупиковых ситуаций необходимо в корпоративном договоре закрепить следующие положения:

- определить ситуации, когда возникает дедлок;
- зафиксировать момент наступления дедлока;
- закрепить специальные положения, предусматривающие алгоритм действий по разрешению корпоративных споров.

Говоря о способах разрешения тупиковых ситуаций, особое внимание стоит обратить на опционы.

Иногда опцион на покупку или продажу акций является наиболее эффективным (хотя и радикальным) способом разрешения тупиковой ситуации. Для реализации механизма опциона в корпоративный договор включаются положения, в соответствии с которыми в случае возникновения тупиковых ситуаций акционер может воспользоваться своими правами в рамках опциона и продать принадлежащие ему акции либо приобрести акции другого акционера, в каждом случае — по цене и на условиях, предусмотренных корпоративным договором.

При возникновении тупиковой ситуации акционер может направить остальным акционерам СП уведомление с подробным описанием тупиковой ситуации и заявить о реализации, соответственно, либо колл-опциона, либо пут-опциона. В корпоративном договоре зачастую предусматривается право выбора, какой из опционов будет реализован в конкретной ситуации. Альтернативой может стать положение о том, что акционеры могут заявить только один из опционов: только колл-опцион или только пут-опцион. И наконец,

корпоративный договор может предусматривать, что один акционер вправе реализовать колл-опцион, а другой — пут-опцион.

Недостатком использования механизма опционов является конкуренция между акционерами СП при отправлении уведомления о возникновении тупиковой ситуации и намерении реализовать опцион. Первый направивший уведомление акционер получает право на реализацию опциона, в то время как другой может лишь подчиниться требованию и в зависимости от типа опциона приобрести акции либо продать свой пакет.

Именно по причине такой неопределенности разрешение тупиковых ситуаций посредством механизма опционов редко встречается в корпоративных договорах. Для нивелирования указанного недостатка в корпоративный договор можно включить положение о том, что акционеры приобретают право реализации опционов спустя определенное время с момента возникновения тупиковой ситуации, если иные способы разрешения дедлока не принесли результатов.

Стоит отметить, что использование опционов не ограничивается разрешением тупиковых ситуаций. Мы рекомендуем использовать механизм опциона в качестве мотивационного инструмента. Например, возможно предоставление акционеру колл-опциона с правом реализации в случае достижения определенного этапа реализации проекта.

ОБЕСПЕЧЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ

С теоретической точки зрения среди способов обеспечения исполнения обязательств, предусмотренных ГК РФ, к корпоративному договору применимы все поименованные способы. Однако существуют способы, которые не так часто используются на практике. В частности, к ним можно отнести задаток и удержание.

В рамках данной статьи мы более подробно остановимся на таких способах обеспечения исполнения обязательств из корпоративного договора, как взыскание неустойки и возмещение потерь.

Тенденция судебной практики идет по пути взыскания существенных сумм неустоек за нарушение корпоративного договора. Среди наиболее значимых дел, связанных с нарушением корпоративного договора, можно выделить следующие:

- взыскание штрафа в размере 5 млн руб. за нарушение обязанности о солидарном голосовании по вопросу реорганизации общества, предусмотренной сторонами в корпоративном договоре (постановление АС Западно-Сибирского округа от 02.06.2016 № Ф04-2554/2016 по делу № А45-12277/2015);
- взыскание за нарушения обязательств по голосованию на общем собрании предусмотренной акционерным соглашением неустойки в размере 50% от

стоимости недвижимости общества (Определение ВС РФ от 02.08.2017 № 305-ЭС17-9088 по делу № А40-65834/2011);

Отдельно следует отметить компенсацию в качестве способа обеспечения исполнения обязательств, которую стороны могут согласовать в корпоративном договоре. Однако в случае с компенсацией существует риск толкования данного способа обеспечения исполнения обязательств в качестве договорной неустойки и, как следствие, применения ст. 333 ГК РФ и снижения пределов неустойки. Исходя из анализа содержания корпоративных договоров, в случаях, если стороны все же решают предусмотреть в качестве способа обеспечения исполнения обязательств по корпоративному договору компенсацию, стоит указать, что данная компенсация не может быть отнесена ни к убыткам, ни к договорной неустойке, являясь единовременной выплатой ввиду существенного изменения обстоятельств (см. постановление Одиннадцатого арбитражного апелляционного суда от 25.12.2017 № 11АП-18510/2017 по делу № А55-22099/2017).

Помимо обозначенных способов обеспечения обязательств из корпоративного договора особого внимания, на наш взгляд, заслуживает обязательство по возмещению потерь. Данный механизм заимствован из английского права, где он известен как indemnity. Рассматривая институт возмещения потерь как инструмент, направленный на перераспределение рисков, особое внимание следует обратить на дело общества «ЛеОл» (постановление Седьмого арбитражного апелляционного суда от 22.10.2015 № 07АП-9663/2015 по делу № А45-12229/2015). В рамках данного дела рассматривалось соглашение, согласно которому акционер, по предложению которого назначен генеральный директор общества, выплачивает обществу определенную денежную сумму в случае невыполнения целевых финансовых показателей. Суд пришел к выводу, что такая конструкция структурируется по модели договора в пользу третьего лица (ст. 430 ГК РФ), в рамках которой право требования возникает не у акционера, а у общества.

Исходя из анализа законодательного регулирования и судебного толкования института корпоративного договора, а также с учетом изменений в ГК РФ, внесших такие инструменты защиты и распределения бизнес-рисков сторон, как возмещение потерь, опционы и опционный договор, мы полагаем, что корпоративный договор, подчиненный российскому праву, может стать эффективным механизмом защиты прав участников СП, а также структурирования бизнес-отношений сторон СП в рамках российского правового поля.